

Reis Friede

TEORIA DO DIREITO

EDITORIA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2018

Copyright © 2018 by Reis Friede

Categoria: Filosofia do Direito

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Renata Chagas

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

F899t

Friede, Reis.

Teoria do Direito / Reis Friede. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.
1280 p. ; il. ; 23 cm.

Possui bibliografia

Possui índices: remissivo, de diagrama, de notas e obras do autor

ISBN 978-85-519-0517-3

1.Direito - Filosofia. 2. Teoria Social do Direito. 3. Teoria do Pensamento
Jurídico. 4. Direito Constitucional. I. Título.

CDD 340.1

Sumário

O Autor	XXIII
Apresentação.....	1
Prefácio.....	3
Prólogo.....	7

CAPÍTULO I
TEORIA SOCIAL DO DIREITO
DIREITO E SOCIEDADE

1. Direito: Noção, Conceituação e Finalidade Social	15
1.1. Noção de Direito.....	17
1.1.1. Origem das Sociedades e dos Agrupamentos Sociais.....	17
1.1.2. Origem das Sociedades e dos Vínculos Sociais.....	21
1.1.3. Sociedade, Nação e Estado	21
1.1.4. Conceito de Estado	22
1.1.5. Formação dos Estados	27
1.2. Ordenamento Social.....	32
1.2.1. Instituições.....	33
1.2.1.1. Família.....	34
1.2.1.2. Propriedade	39
1.2.1.3. Estado	40
1.3. Ordenamento Social e Ordenamento Jurídico	42
1.4. Conceito de Direito	44
1.5. Finalidade Social do Direito	45
2. Direito e Efetividade Jurídica	47
2.1. Estado como Principal Elemento de Concreção do Direito	47
2.2. Efetivação da Soberania e Concretização Objetiva do Direito e da Realidade Jurídica.....	48

CAPÍTULO II

TEORIA CIENTÍFICA DO DIREITO

1. Percepção Científica do Direito.....	97
1.1. Conceito de Ciência.....	98
1.2. Classificação Binária das Ciências.....	102
1.2.1. Outras Classificações Relativas às Ciências.....	105
1.3. Normas da Natureza (Juízo de Realidade) e Normas da Cultura (Juízo de Valor).....	111
2. Classificação da Ciência do Direito	117
2.1. Axiologia Jurídica e Projeção Comportamental do Direito	118
3. Tridimensionalidade do Direito	121
3.1. Estrutura Tridimensional do Direito.....	123
4. Caracterização Particular da Ciência do Direito	125
4.1. Ciência Axiológica.....	128
5. Especificidades da Ciência Jurídica.....	129

CAPÍTULO III

TEORIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

JUSNATURALISMO

1. Uma Introdução à Clássica Dicotomia	193
2. A Equivocidade da Locução “Direito Natural”	197
3. A Polêmica Temática e Respectivas Vertentes Jusnaturalistas.....	199
3.1. O Direito Natural na Grécia.....	201
3.2. O Direito Natural em Roma.....	207
3.3. O Jusnaturalismo Medieval (ou Teológico)	210
3.3.1. O Jusnaturalismo em SANTO AGOSTINHO	211
3.3.2. O Jusnaturalismo em SÃO TOMÁS DE AQUINO	216

3.4. O Jusnaturalismo Moderno (ou Racional)	219
3.4.1. O Jusnaturalismo em HUGO GRÓCIO	221
3.4.2. O Jusnaturalismo em THOMAS HOBBS	223
3.4.3. O Jusnaturalismo em BARUCH DE SPINOZA	226
3.4.4. O Jusnaturalismo em JOHN LOCKE	229
3.4.5. O Jusnaturalismo em SAMUEL VON PUFENDORF	233
3.4.6. O Jusnaturalismo em JEAN-JACQUES ROUSSEAU	235
3.4.7. O Jusnaturalismo em IMMANUEL KANT	237
3.5. HEGEL e a Crítica ao Jusnaturalismo Moderno	239
3.6. Síntese Conclusiva das Teorias Jusnaturalistas	244

CAPÍTULO IV

TEORIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

JUSPOSITIVISMO

1. Juspositivismo	261
1.1. A Plurivocidade do Termo “Positivismo”	262
1.2. A Transição do Jusnaturalismo para o Juspositivismo	262
1.3. Positivismo Metodológico, Positivismo Teórico e Positivismo Ideológico	264
1.4. Positivismo Jurídico como Ceticismo Ético, como Ideologia, como Formalismo Jurídico e como Positivismo Conceitual	266
1.5. A Escola de Exegese e o Positivismo Jurídico	268
1.6. A Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico	269
1.7. GEORG FRIEDRICH PUCHTA e a Jurisprudência dos Conceitos	276
1.8. A Jurisprudência dos Interesses (<i>Interessenjurisprudenz</i>)	279
1.9. O Juspositivismo em JEREMY BENTHAM	280
1.10. O Juspositivismo em JOHN AUSTIN	282
1.11. O Juspositivismo em HANS KELSEN	285
1.12. O Juspositivismo em ALF ROSS	290

1.13. O Juspositivismo em HERBERT L. A. HART	294
2. RONALD DWORKIN e a Crítica ao Positivismo	301
3. LON LUVUOIS FULLER e a Moralidade Interna do Direito	305
4. ROBERT ALEXI e a Teoria da Dupla Natureza do Direito	311
5. WILFRID J. WALUCHOW e a Divisão no Positivismo Jurídico Contemporâneo.....	317

CAPÍTULO V

TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

DIREITO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

1. O Direito como Instrumento de Controle Social	329
2. Outros Instrumentos de Controle Social	333
2.1. Religião	334
2.2. Moral	336
2.2.1. Aspectos Distintivos Fundamentais entre Direito e Moral	338
2.2.2. A Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro	343
2.2.3. Direito, Moral e Teorias dos Círculos	344
2.2.3.1. Teoria dos Círculos Concêntricos	345
2.2.3.2. Teoria dos Círculos Secantes	346
2.2.3.3. Teoria dos Círculos Independentes	347
2.2.3.4. Teoria do Mínimo Ético	348
2.3. Regras de Trato Social	351
2.3.1. Características Básicas das Regras de Trato Social	352

CAPÍTULO VI

TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS

DEFINIÇÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO

1. Origem Etimológica e Acepções do Vocábulo “Direito”	361
--	-----

1.1. Direito como Ciência do Direito.....	362
1.2. Direito como Justiça	362
1.3. Direito como Direito Subjetivo.....	363
1.4. Direito como Direito Potestativo	364
1.5. Direito como Correção de Atitude.....	365
1.6. Direito como Ordenamento Jurídico	365
1.7. Direito como Fenômeno Social.....	365
2. Direito Positivo e Direito Natural.....	367
3. Direito Objetivo e Direito Subjetivo	369
3.1. Natureza Jurídica do Direito Subjetivo	371
3.1.1. Teoria da Vontade.....	371
3.1.2. Teoria do Interesse Juridicamente Protegido.....	372
3.1.3. Teoria Mista (ou Eclética).....	373
4. Dogmática Jurídica.....	375
5. Direito Público e Direito Privado	377
5.1. Principais Critérios Distintos	378
5.2. Ramos do Direito Público.....	380
5.2.1. Principais Ramos do Direito Público Interno	381
5.2.1.1. Direito Constitucional.....	381
5.2.1.2. Direito Processual Penal	381
5.2.1.3. Direito Processual Civil	382
5.2.1.4. Direito Penal	382
5.2.1.5. Direito Administrativo	383
5.2.1.6. Direito Tributário.....	383
5.2.2. Ramos do Direito Público Externo	384
5.2.2.1. Direito Internacional Público	384
5.2.2.2. Direito Internacional Privado.....	384
5.3. Ramos do Direito Privado	385

5.3.1. Direito Civil	386
5.3.2. Direito Empresarial.....	386
5.4. Direito Misto (ou Social)	386
5.4.1. Direito do Trabalho.....	387
5.4.2. Direito Previdenciário.....	387

CAPÍTULO VII

TEORIA DA NORMA JURÍDICA

1. Considerações Iniciais e Definição	395
2. Substrato e Estrutura da Norma Jurídica	399
3. Características Basilares da Norma Jurídica	403
3.1. Imperatividade	403
3.2. Heterogeneidade	403
3.3. Bilateralidade.....	403
3.4. Generalidade.....	404
3.5. Estabilidade.....	405
3.6. Permanência	405
3.7. Publicidade.....	405
4. Classificação da Norma Jurídica	407
4.1. Quanto à Natureza das Disposições.....	407
4.1.1. Normas Jurídicas Substantivas (ou Materiais)	407
4.1.2. Normas Jurídicas Adjetivas (ou Processuais)	407
4.2. Quanto à Obrigatoriedade.....	407
4.2.1. Normas Jurídicas Imperativas (ou de Ordem Pública)	408
4.2.2. Normas Jurídicas Dispositivas (ou de Ordem Privada)	408
4.3. Quanto à Origem	408
4.4. Quanto à Sistematização	408
4.4.1. Normas Constitucionais.....	408

4.4.2. Normas Codificadas	409
4.4.3. Normas Esparsas (ou Extravagantes)	409
4.4.4. Normas Consolidadas	410
4.5. Quanto à Sanção	410
4.5.1. Normas Mais que Perfeitas.....	410
4.5.2. Normas Perfeitas.....	410
4.5.3. Normas Menos que Perfeitas	410
4.5.4. Normas Imperfeitas.....	411
4.6. Quanto à Vigência.....	411
4.6.1. Normas de Vigência Indeterminada	411
4.6.2. Normas de Vigência Determinada	412
4.7. Quanto à Aplicabilidade.....	413
4.7.1. Normas Autoaplicáveis.....	413
4.7.2. Normas Dependentes de Complementação	414
4.7.3. Normas Dependentes de Regulamentação.....	415
4.8. Quanto à Fonte	415
4.9. Quanto ao Sistema Jurídico	416
4.10. Quanto à Incidência Territorial	416
4.10.1. Normas Comuns	416
4.10.2. Normas Locais	416
4.11. Quanto ao Âmbito Material de Aplicação.....	417
5. Validade da Norma Jurídica	419
5.1. Validade Formal (ou Vigência em Sentido Amplo)	422
5.2. Validade Fática (ou Eficácia)	423
5.3. Validade Ética (ou Fundamento Axiológico)	424
6. Norma Jurídica e Ciência do Direito em HANS KELSEN	425
7. Planos e Âmbitos do Conhecimento Jurídico	427
8. Estrutura Trivalente da Norma Jurídica (MIGUEL REALE)	429

CAPÍTULO VIII

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

1. Ordenamento Jurídico.....	441
2. Características	445
2.1. Unidade	445
2.2. Coerência	448
2.3. Completude	449
3. O Problema das Antinomias	453
3.1. Classificação das Antinomias	453
3.2. Critérios Solucionadores das Antinomias.....	455
4. O Problema das Lacunas	461
4.1. O Debate Sobre a Existência de Lacunas no Direito	463
4.2. Espécies de Lacunas	465
4.3. Integração do Direito.....	469
4.3.1. Auto-Integração e Heterointegração	471
4.4. Meios Supletivos das Lacunas.....	472
4.4.1. Analogia.....	473
4.4.2. Costume Jurídico	476
4.4.3. Princípios Gerais de Direito.....	479
5. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	481

CAPÍTULO IX

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DA NORMA CONSTITUCIONAL

1. Breves Considerações sobre Constitucionalismo.....	493
2. Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito	499
3. Constituição e Direito Constitucional.....	501

4. Constituição em Sentidos Sociológico, Político, Jurídico e Cultural	509
5. Constituição em Sentidos Material e Formal.....	513
6. Objeto, Elementos e Conteúdo da Constituição.....	515
7. Classificação das Constituições.....	517
7.1. Quanto à Origem.....	517
7.2. Quanto à Forma	518
7.3. Quanto ao Processo de Elaboração.....	519
7.4. Quanto ao Conteúdo	519
7.5. Quanto à Extensão	520
7.6. Quanto ao Processo de Reforma.....	520
7.7. Quanto à Dogmática.....	523
7.8. Quanto ao Objeto.....	523
7.9. Quanto ao Modelo.....	524
7.10. Quanto ao Sistema.....	524
8. Normas Constitucionais	527
8.1. Classificação das Normas Constitucionais.....	527
8.2. Hierarquia e Supremacia Constitucional.....	529
8.3. Aplicabilidade das Normas Constitucionais.....	531
9. Hermenêutica Constitucional	543
9.1. Interpretação Constitucional	543
9.2. Métodos de Interpretação Constitucional	545
9.2.1. Método Jurídico ou Hermenêutico Clássico.....	546
9.2.2. Método Tópico-Problemático	546
9.2.3. Método Hermenêutico Concretizador	546
9.2.4. Método Científico-Espiritual	547
9.2.5. Método Normativo-Estruturante.....	548
9.2.6. Método da Comparação Constitucional.....	549

9.3. Princípios de Interpretação Constitucional	550
9.3.1. Princípio da Unidade da Constituição	550
9.3.2. Princípio da Concordeância Prática ou Harmonização	552
9.3.3. Princípio do Efeito Integrador	552
9.3.4. Princípio da Força Normativa	552
9.3.5. Princípio da Máxima Efetividade ou Eficiência	554
9.3.6. Princípio da Justeza ou da Conformidade (Exatidão ou Correção) Funcional	554
9.3.7. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição	555
9.3.8. Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade	558
10. Norma Constitucional e Direito Intertemporal	563
10.1. Recepção	563
10.2. Repristinação	564
10.3. Desconstitucionalização	565
11. Mutação Constitucional	569

CAPÍTULO X

TEORIA DAS FONTES DO DIREITO

1. Definição de Fontes do Direito	585
2. Classificação das Fontes do Direito	587
2.1. Fontes Materiais (Reais ou de Produção)	591
2.2. Fontes Formais (ou de Conhecimento)	591
2.2.1. Fontes Formais Estatais	591
2.2.2. Fontes Formais Não-Estatais	591
3. A Lei como Principal Fonte Formal Estatal	593
3.1. Acepções do Vocábulo “Lei”	595
3.2. O Princípio da Obrigatoriedade da Lei	598
4. Tratado Internacional	601

5. Analogia	605
5.1. Analogia <i>Legis</i> e Analogia <i>Juris</i>	608
5.2. Analogia e Interpretação Analógica.....	608
5.3. Analogia e Direito Penal	609
6. Costume Jurídico.....	617
6.1. Elementos do Costume	619
6.2. Espécies de Costume Jurídico.....	619
6.3. Validade do Costume Jurídico	622
6.4. Vigência do Costume Jurídico	623
6.5. Costume Jurídico e Princípio da Legalidade Penal.....	624
6.6. A Importância do Costume Jurídico na Seara do Direito Internacional.....	627
7. Princípios Gerais de Direito	629
7.1. Distinção entre Princípios e Regras	634
7.2. Espécies de Princípios	636
8. Jurisprudência.....	639
8.1. Espécies de Jurisprudência	643
8.2. Súmulas	644
8.3. Súmulas Vinculantes	648
9. Doutrina	653
10. Contrato	659
11. Equidade.....	665
11.1. Natureza Jurídica da Equidade	667
11.2. Espécies de Equidade	670
11.3. A Equidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro	670

CAPÍTULO XI

TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1. Aspectos Históricos e Definições.....	683
2. Hermenêutica e Interpretação.....	691
3. Interpretação e Segurança Jurídica.....	695
4. O Princípio <i>in Claris Cessat Interpretatio</i>	697
5. Classificação da Interpretação Jurídica	701
5.1. Interpretação Quanto ao Sujeito (ou à Fonte)	701
5.1.1. Interpretação Autêntica (ou Legislativa).....	701
5.1.2. Interpretação Doutrinária (ou Doutrinal)	703
5.1.3. Interpretação Judicial (ou Jurisprudencial)	705
5.2. Interpretação Quanto aos Meios (ou Métodos)	707
5.2.1. Interpretação Gramatical (Literal ou Filológica)	709
5.2.2. Interpretação Racional (ou Lógica)	715
5.2.3. Interpretação Sistemática	723
5.2.4. Interpretação Histórica.....	728
5.2.5. Interpretação Teleológica (ou Sociológica)	731
5.3. Interpretação Quanto ao Resultado.....	734
5.3.1. Interpretação Declarativa (ou Enunciativa)	734
5.3.2. Interpretação Extensiva	735
5.3.3. Interpretação Restritiva	736
6. Distinção entre Analogia, Interpretação Analógica e Interpretação Extensiva	739
7. Argumentação Jurídica	741
7.1. Espécies de Argumentos Jurídicos.....	745
7.1.1. Argumento <i>ab Absurdo</i> (ou <i>Reductio ad Absurdum</i>).....	745

7.1.2. Argumento a <i>Contrario Sensu</i>	747
7.1.3. Argumento a <i>Fortiori</i>	747
7.1.4. Argumento da Coerência	748
7.1.5. Argumento a <i>Simili</i>	749
7.1.6. Argumento de Autoridade (ou <i>ab Auctoritate</i>)	750
7.1.7. Argumento a <i>Priori</i>	750
7.1.8. Argumento a <i>Posteriori</i>	751

CAPÍTULO XII

TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

1. Conceito Amplo de Poder Constituinte	763
2. Origem Histórica da Concepção Básica de Poder Constituinte	767
3. Conceito Contemporâneo de Poder Constituinte.....	773
4. Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado.....	777
5. Titularidade do Poder Constituinte	781
6. Natureza Jurídica do Poder Constituinte	783
7. Métodos de Exercício e Agentes do Poder Constituinte.....	785
7.1. O Método Revolucionário.....	789
7.2. Os Métodos Clássicos de Exercício do Poder Constituinte: Outorga, Bonapartista e Assembleia Nacional Constituinte	799
7.3. Métodos da Assembleia Nacional Constituinte.....	805
7.4. O Caso Brasileiro	808

CAPÍTULO XIII

TEORIA DO PROCESSO LEGISLATIVO

1. Poder Legislativo.....	829
---------------------------	-----

1.1. Funções do Poder Legislativo	831
1.2. Estrutura e Competência	833
2. Processo Legislativo	839
2.1. Definição	839
2.2. Espécies Normativas Primárias	840
2.2.1. Emenda à Constituição	840
2.2.2. Lei Complementar	843
2.2.3. Lei Ordinária	848
2.2.4. Lei Delegada	850
2.2.5. Medida Provisória	853
2.2.6. Decreto Legislativo	866
2.2.7. Resolução	869
2.3. Fases do Processo Legislativo das Leis Complementares e Leis Ordinárias	872
2.3.1. Fase da Iniciativa	872
2.3.1.1. Espécies de Iniciativa	873
2.3.2. Fase Constitutiva	879
2.3.2.1. Deliberação Parlamentar: Discussão e Votação	879
2.3.2.2. Deliberação Executiva: Sanção ou Veto	884
2.3.3. Fase Complementar: Promulgação e Publicação	889
2.4. <i>Vacatio legis</i>	891
3. Revogação	895
3.1. Revogação Total, Parcial, Expressa e Tácita	895
4. Recepção	897
5. Repristinação	901
6. Técnica Legislativa	903

CAPÍTULO XIV
TEORIA DAS LIBERDADES HUMANAS
DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Estado de Legitimidade e Estado de Legalidade.....	927
2. Democracia, Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.....	929
3. Democracia Formal (Aparente) e Democracia Material (Substantiva)	933
4. Caracterização Conceitual e Evolutiva de Democracia.....	937
5. Democracia nos Sentidos Amplo e Restrito.....	939
5.1. Democracia e Regime de Amplas Liberdades.....	940
5.2. Democracia e Igualdade	941
6. Democracia e Direitos Humanos	943
6.1. Direitos Humanos e Ideologia.....	943
6.2. Democracia e Cultura Humanística.....	944
7. Direitos Fundamentais	947
7.1. Classificação dos Direitos Fundamentais	947
7.2. Gerações (ou Dimensões) dos Direitos Fundamentais.....	948
7.3. Características dos Direitos Fundamentais.....	951
7.4. Direitos Explícitos e Implícitos.....	952
7.5. Direitos Fundamentais em Espécie	953
7.5.1. Direitos Genéricos (Individuais, Coletivos e Difusos).....	953
7.5.1.1. Direitos Relacionados à Vida, à Igualdade (ou Isonomia) e à Liberdade.....	953
7.5.1.2. Direitos Relacionados à Segurança	976
7.5.1.3. Direitos Relacionados à Propriedade.....	991
7.5.1.4. Direitos Relacionados à Nacionalidade	997
7.5.2. Direitos Sociais	997
7.5.3. Direitos Políticos	1005

CAPÍTULO XV

TEORIA DO PODER JUDICIÁRIO

1. Tríade Funcional do Poder	1043
2. Concepção Básica e Estrutural do Poder Judiciário	1053
3. Função Jurisdicional.....	1055
4. Estrutura do Poder Judiciário.....	1057
4.1. Supremo Tribunal Federal	1058
4.2. Conselho Nacional de Justiça	1060
4.3. Superior Tribunal de Justiça	1062
4.4. Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais	1064
4.5. Tribunais e Juízes do Trabalho.....	1066
4.6. Tribunais e Juízes Eleitorais	1067
4.7. Tribunais e Juízes Militares	1068
5. Garantias Constitucionais da Magistratura e do Poder Judiciário.....	1071
6. O Status Político-Institucional do Poder Judiciário nas Constituições do Brasil	1075
6.1. O Poder Judiciário na Constituição de 1824.....	1075
6.2. O Poder Judiciário na Constituição de 1891	1078
6.3. O Poder Judiciário na Constituição de 1934	1081
6.4. O Poder Judiciário na Constituição de 1937.....	1081
6.5. O Poder Judiciário na Constituição de 1946	1084
6.6. O Poder Judiciário no Regime Militar de 1964 (Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 1969).....	1085
6.7. O Poder Judiciário na Constituição de 1988.....	1091
7. O Status Institucional Poder Judiciário do Século XXI	1093

7.1. O Poder Judiciário Enquanto Instrumento de Estabilização Político-Institucional e de Promoção dos Direitos Fundamentais	1093
7.2. O Poder Judiciário Pró-Ativo.....	1099
7.3. Os Desafios Advindos do Novo Patamar Institucional do Poder Judiciário	1102
Bibliografia	1127
Índice de Diagramas Explicativos.....	1163
Índice Remissivo de Diagramas Explicativos	1169
Índice de Notas Complementares	1173
Índice Remissivo de Notas Complementares	1179
Obras do Autor	1187
Principais Obras do Autor	1252